II. Erhält Jemand neben dem Eigenthum das Pfandrecht eines durch ihn abgefundenen Creditors, dann dauert auch letzteres in gleicher Art fort.

Fr. 17. (XX. 4.) C. 3. (VIII. 19.).

III. Geben die Gesetze einigen Personen Eigenthum, und außerdem zur vollen Sicherheit noch das Pfandrecht, so kann auch dieses vollkommen wirksam gemacht werden.

Fr. 7. (XX. 4.) fr. 3. pr. (XXVII. 9.) C. 6. (VII. 8.) C. 6. §. 2. (V. 9.) C. 30. pr. (V. 12.).

VI.

Noch einige Worte über das öffentliche Pfandrecht nach Römischem Rechte.

Von Löhr.

I.

In einer, den ersten Juli 469 erlassenen, Constitution verfügte der Kaiser Leo das Folgende:

Scripturas, quae saepe assolent a quibusdam secrete fieri intervenientibus amicis, nec ne, *transigendi, vel paciscendi, seu foenerandi, vel societatis coeundae gratia, seu de aliis quibuscunque causis, vel contractibus* conficiuntur, quae ἰδιόχειρα Graece appellantur: sive tota series earum manu contrahentium, vel notarii, vel alterius cujuslibet scripta fuerit, ipsorum tamen habeant subscriptiones: sive testibus adhibitis sive non, licet conditionales sint, quos vulgo tabularios appellant, sive non: quasi publice conscriptas, si personalis actio exerceatur, suum robur habere decernimus. *Sin autem jus pignoris vel*

hypothecae ex hujusmodi instrumentis vindicare quis sibi contenderit: eum, qui instrumentis publice confectis nititur, praeponi decernimus, etiam si posterior is contineatur: nisi forte probatae atque integrae opinionis trium vel amplius virorum sub scriptiones eisdem idiochiris contineantur. Tunc enim quasi publice confecta accipiuntur [1]).

Ueber den Sinn und die Bedeutung dieser Verordnung sind die Ansichten unserer Juristen sehr verschieden. Nach Einigen [2]) enthält diese Constitution keine eigentliche Neuerung, sondern nur eine Anwendung des allgemeinen Grundsatzes, daß eine Privaturkunde nur gegen den Aussteller, nicht aber gegen Dritte beweise. Daher läugnen diese Juristen, daß es eine Eintheilung der Pfänder in öffentliche und Privatpfänder gebe [3]), daher geben sie jedem Pfandrechte, welches vollständig erwiesen werden kann die Rechte des in einer öffentlichen Urkunde constituirten [4]), daher betrachten sie nur Das als etwas Besonderes unserer Verordnung, daß nach ihr eine, von drei anerkannt rechtlichen Männern unterschriebene, Urkunde einer öffentlichen bei dem Beweise des Pfandrechts gleichgesetzt wird.

Nach andern Juristen räumt dagegen die Constitution Leo's dem öffentlichen oder gleichsam öffentlichen Pfandrechte einen wirklichen Vorzug vor dem Privat-Pfandrechte ein, den

---

1) c. 11. C. 8, 18..

2) *Hofacker* de praerogativa pignorum publicorum. Tub. 1780. §. 8 — 10. Bolley Lehre von öffentlichen Unterpfändern. Tüb. 1802. §. 20. 21. 119 — 125. Gesterding Pfandrecht. §. 32. Gönner Handbuch des Processes B. 2. nro. 43. §. 8. nro. 46. §. 3. 7. 18. Glück Commentar B. 18. §. 1081.

3) Die in Ausdruck und Sache hier Statt findenden Abweichungen bedürfen wohl keiner besondern Erwähnung.

4) Bolley §. 125. Gesterding S. 251. Glück S. 289, 90.

jenes vor diesem vorher nicht gehabt hat. Auch diese Juristen sind jedoch nicht unter sich einig, vielmehr streiten sie darüber einmal ob das den öffentlichen Pfändern gegebene Privilegium stärker sey, als das, welches den übrigen privilegirten Pfandrechten gegeben ist, d. i., ob das privilegirte Privatpfand dem nicht privilegirten öffentlichen vorgehe [5]) oder ob es ihm nachstehe [6])? Zweitens, ob alle, oder ob nur die conventionellen Pfandrechte in öffentliche und Privatpfänder einzutheilen seyen? Jenes ist die Meinung vorzüglich der ältern, dies vorzüglich die der neuern Juristen [7]).

Auch Diejenigen, welche unsere Eintheilung auf alle Pfänder beziehen, sind unter sich nicht einig. Einige setzen nämlich

---

5) Diese Ansicht kann als die gewöhnliche bei den ältern Rechtsgelehrten angesehen werden. In der neuern Zeit vertheidigt sie besonders Thibaut civil. Abh. S. 125.

6) Hierher gehören weniger die oben angeführten Bolley §. 119. Gesterding §. 32. S. 253. und Glück S. 291. 2., welche diesen Satz nach ihrem Gesichtspuncte vertheidigen, wie Schweppe im Magazin I. 10. 2.

7) *Hofacker* l. c. u. princip. II §. 12 15., so wie alle Vertheidiger der oben angeführten Hofacker-Bolleyschen Meinung, jedoch mit mancherlei Modificationen über das pignus testamentarium und praetorium, so wenig diese Behauptung auch auf ihre Ansicht zu passen scheint. Ferner Thibaut Pand. §. 659. *Haubold* ad Berger Oec. jur. T. I. p. 541. Dabelow Concurs S. 311. 622. Meißner stillsch. Pf. R. I. S. 88. Gmelin Ord. der Gläub. S. 410. *Runde* Comment. de historia, indole ac vi remediorum securitatis etc. §. 64. Schweppe Pand. §. 365. Hufeland Pand. §. 794. 795. Mackeldey Inst. §. 379. Vielleicht daß Hugo (heutiges Recht, 6te Aufl. §. 117. Not. 2. S. 110.) und Wening-Ingenheim (Civil. Recht Bd. 1. B. 2. K. 5. §. 159. Note f.) die Einzigen sind, welche unter den Neuern eine abweichende Ansicht haben.

die gesetzlichen Pfandrechte unbedingt dem Privatpfande [8], Andere ebenso unbedingt dem öffentlichen Pfande gleich [9]. Nach einer dritten Meinung kommt es darauf an, ob das Factum, an dessen Existenz das Gesetz die Entstehung des Pfandrechtes knüpft, durch eine öffentliche Urkunde erwiesen werden kann, oder nicht. In jenem Falle gehöre auch das gesetzliche Pfandrecht zu den öffentlichen, in diesem zu den Privatpfändern [10].

Meiner Ansicht nach wird allerdings durch die Verordnung von Leo eine wesentliche Neuerung begründet und zwar nicht allein für die conventionellen, sondern für alle Pfandrechte überhaupt. Ein öffentliches Pfandrecht ist, wie ich mit Böhmer glaube, ein jedes, wo das Factum, durch welches das Pfandrecht entstanden ist, durch eine wirklich oder gleichsam öffentliche Urkunde erwiesen werden kann. Ein solches öffentliches Pfandrecht hat, wie ich mit Thibaut annehme, den Vorzug vor jedem Privatpfande, steht aber den privilegirten, wenn gleich nicht öffentlichen, Pfändern nach. Dies in Kurzem auszuführen, ist der Zweck des gegenwärtigen Aufsatzes. Um diesen zu erreichen scheint es jedoch nothwendig etwas weiter auszuholen.

II.

In den Zeiten, wo die Verordnung von Leo erlassen wurde, konnte ein Pfandrecht zwar, wie in der spätern Zeit, durch Vertrag, Testament, den Richter und das Gesetz begründet werden; von den gesetzlichen Pfandrechten waren jedoch nur

---

8) *Harprecht* IV. resp. 92. nro. 67 u. 101. *Ludovici* Concurs c. 10. §. 48. *Malblanc* Princ. §. 577. *Erxleben* J. pign. §. 243. *Pufendorf* I. obs. 211.

9) *Mynsinger* cent. 1. obs. 59. *Lynker* res. 262. *Leyser* sp. 226. m. 1.

10) *Boehmer* exerc. ad Pand. III. ex. 60. Westphal P. R. . 167 . Wening a. a. O.

die speciellen [11]) und einige generelle [12]) bekannt: bei weitem die meisten generellen Pfandrechte sind dagegen erst durch Justinian entstanden [13]). Unter diesen Pfandrechten waren privilegirt das Pfandrecht des Fiscus wegen rückständigen Abgaben und die conventionellen oder gesetzlichen Pfandrechte wegen der versio in rem.

Stand Mehreren ein Pfandrecht an derselben Sache zu, so kam Alles darauf an, ob diese ihr Recht von demselben oder von verschiedenen Verpfändern ableiteten. Im letzten Falle war es wichtig, ob die verschiedenen Verpfänder in dem Verhältnisse als auctores und successores standen, oder nicht. War Jenes, so wurde die Sache so behandelt, als wenn nur ein und derselbe Verpfänder vorhanden wäre [14]), war Dieses der Fall, so kam es weiter darauf an, ob die mehreren Verpfänder in successivem oder in coordinirtem Verhältnisse sich befanden. In jenem Falle ging immer der Letzte in der Reihe den Uebrigen vor ohne Rücksicht auf Privilegien [15]).

---

11) Und diese nicht alle. Das specielle Pfandrecht an den res dotales ist erst von Justinian c. 30. C. 5. 12. und ebenso die Ausdehnung auf das für pecunia dotalis Erkaufte — licet res dotales *vel ex his aliae comparatae non extent* — c. 12. §. 1. C. 8. 18. v. Grolman u. v. Löhr Magazin IV. S. 76. 77. und ebenso die Allgemeinheit des Pfandrechtes an den invecta et illata c. 7. C. 8. 15.

12) Die Pfandrechte des Fiscus waren von Caracalla eingeführt, das Pfandrecht der Unmündigen und Minderjährigen an dem Vermögen des Vormundes hatte Constantin verordnet, das Pfandrecht der Kinder, deren Tutel ihre Mutter übernommen hat, an dem Vermögen des Stiefvaters, ist von Valentinian, Theodos u. Arcadius zuerst angeordnet, von Theodos II. u. Valentinian III. bestätigt worden. Daß das Vermögen der Mutter, welche ihren Kindern wegen Ueberschreiten zur zweiten Ehe die lucra nuptialia aufzuheben verpflichtet ist, verpfändet seyn soll, ist erst von Leo verordnet worden.

13) Von Justinian ist eingeführt die Ausdehnung der Constitution von Constantin auf den Curator des Wahnsinnigen, die der Verordnung Leo's auf den Vater. Sodann die wegen Einforderung und Rückforderung der dos, wegen der propter nuptias donatio und der Paraphernen Statt findenden Pfandrechte. Ferner das Pfandrecht an dem Vermögen des Vaters wegen den bona materna, das Pfandrecht der Legatare und das bei der conditio viduitatis. Auch das Pfandrecht der Kirche an dem Vermögen ihres Emphyteuta ist von Justinian.

14) Thibaut civ. Abh. S. 311—20.

15) Creditor creditoris, creditori praefertur. Sehr begreiflich, da der Verpfänder des ihm constituirten Pfandes doch wohl das von ihm selbst bestellte weitere Pfandrecht respectiren muß. Thibaut civ. Abh. S. 125. — Denjenigen, dem ein Pfand verpfändet ist, möchte ich jedoch nicht einen Separatisten nen-

In diesem Falle dagegen galt die Regel [16]), daß derjenige Pfandgläubiger den Vorzug habe, dessen Verpfänder den andern Verpfänder zu überwinden im Stande wäre [17]): nur wenn zwei Nichteigenthümer, von denen Keiner gegen den Andern die actio publiciana mit Wirkung hätte anstellen können, die Sache verpfändet hatten, entschied der Besitz unter den Pfandgläubigern, wie er unter den Verpfändern entschieden haben würde [18]).

Alle bisher über die Collision mehrerer Pfandrechte angegebenen Grundsätze gehen weniger aus der Natur des Pfandrechts, wie aus andern Gesichtspuncten, hervor. Hiermit hängt es wohl zusammen, daß sie bei den römischen Juristen weniger herausgehoben werden und von diesen fast nur die Frage beantwortet wird, wie die Sache sich verhalte, wenn mehrere Pfandgläubiger collidiren, welche von einem und demselben Verpfänder ihr Recht ableiten. Wie hier das Verhältniß in Leo's Zeiten bestimmt worden sey, dieß bedarf wohl keiner Ausführung; wohl aber ist zu erwähnen, daß die Verordnung von Leo, sowohl ihres ganzen Zusammenhanges, wie des eben berührten Umstandes wegen, nur allein auf diesen Fall bezogen werden kann. Nur in diesem Falle entscheidet die prioritas temporis, auf welche es nicht ankommen soll, wenn der Eine ein öffentliches, der Andere ein Privatpfandrecht hat.

III.

Daß eine Privaturkunde immer als ein unbeschwornes Zeugniß zu betrachten sey und niemals gegen einen Dritten beweisen könne; dies scheint mir weder in den Gesetzen, noch in der Sache begründet. Die Gesetze, welche man für diesen Grundsatz anzuführen pflegt, gehören gar nicht hier-

---

nen, weil wesentlich verschiedne Personen diesen Namen in Anspruch nehmen.

16) Diese Regel muß natürlich eine Ausnahme leiden, wenn nach geschehener Verpfändung sich in der Person des Verpfänders eine Begebenheit ereignet, welche ihn hindert sein Recht gegen den andern Verpfänder weiter geltend zu machen. fr. 3. D. 20. 1.

17) Nach hundert Stellen kann nur Derjenige eine Sache mit voller Wirksamkeit verpfänden, der sie im Augenblicke der Verpfändung in bonis hat. In bonis hat man aber nur alsdann eine Sache, wenn sie Niemand zu evinciren im Stande ist. Konnte Jemand die Sache dem Verpfänder im Augenblicke der Verpfändung evinciren, so muß er sie auch dem Pfandgläubiger evinciren können. Dasselbe Recht muß Derjenige haben, der seine Rechte von jenem ableitet.

18) Fr. 14. D. 20. 4.

her. Die eine Stelle [19]) spricht von der *confessio in jure* und bemerkt, daß diese in Selbstperson geschehen müsse, wenn sie die Wirkungen eines rechtskräftigen Urtheils erzeugen solle; die andere [20]) sagt nur: non debet alteri per alterum iniqua conditio inferri, woraus doch wohl nicht der oben berührte Satz, am wenigsten in seiner Allgemeinheit, gefolgert werden kann. Könnten diese Stellen Etwas beweisen, so würden sie übrigens für öffentliche Urkunden dieselbe Bedeutung haben.

Daß die in einer Urkunde enthaltene Aussage über eine Thatsache, insofern ihr nicht die Umstände eine größere Kraft geben, nur als ein unbeschwornes Zeugniß betrachtet werden kann, dies versteht sich freilich von selbst, nicht allein bei Privat, sondern ganz eben so bei öffentlichen Urkunden: allein wie oft enthält eine Urkunde Etwas ganz Anderes, als ein Zeugniß, und warum soll hier den Privaturkunden nicht geglaubt werden, wenn ihre Aechtheit zweifellos ist? Warum sollte, um in einem Beispiele zu reden, Derjenige, welcher eine Sache von dem dritten Besitzer vindicirt, sein Eigenthum gegen den Dritten dadurch nicht beweisen können, daß er, nach erwiesenem dominio auctoris, einen Kaufbrief, eine Schenkungs-Urkunde, ein Testament dieses Auctors, welche nur privata auctoritate errichtet wurden, producirt? Warum soll die Handschrift des Schuldners in einem Concurse nicht gegen die andern Creditoren beweisen? Warum — doch genug um nicht durch Aufzählung einer Menge, eigentlich nicht zweifelhafter, Dinge die Geduld des Lesers zu ermüden.

Allein auch abgesehen hiervon und ausgegangen von der so eben bestrittenen Ansicht, so kann dennoch der Inhalt der Verordnung Leo's keine Anwendung dieses Grundsatzes seyn. Vorerst spricht, wie wir oben sahen, die Verordnung nur allein von dem Falle, wo alle Pfandgläubiger ihre Rechte von demselben Verpfänder oder dessen Auctor ableiten, wo also, selbst nach der so eben bestrittenen Ansicht, die von diesem ausgestellten Urkunden gegen sie gebraucht werden können. Sodann spricht das Gesetz weniger von dem Beweise durch Urkunden, wie von der Bedeutung der Urkunden; es unterscheidet nicht die Klage gegen den Dritten von der Klage gegen den Aussteller, sondern die persönliche Klage von der Pfandklage; es sagt nicht, daß ein aus einer Privaturkunde in Anspruch genommenes Pfandrecht unerwiesen,

---

19) Fr. 6. §. 4. D. 42. 2.

20) Fr. 74. D. 50. 17.

also juristisch gar nicht vorhanden seyn, sondern nur, daß es dem öffentlichen nachstehen solle [21]. Wäre die Verordnung von dem Gesichtspuncte des Beweises ausgegangen, so würde sie die andern Beweismittel nicht unberücksichtigt haben lassen können, sie hätte die in Gegenwart von Zeugen geschehene Verpfändung, die Unterschrift zweier Zeugen, die Unterschrift vieler Weiber nicht geradezu für unbedeutend erklären können.

Daß nur das erwiesene Pfandrecht geltend gemacht werden kann, dies versteht sich von selbst. Der Sinn der Verordnung, so weit er bis jetzt zur Sprache gebracht worden, kann also nur der seyn, daß Derjenige, welcher sein Pfandrecht aus einer Urkunde, darthun kann, welche die bestimmte gesetzliche Form hat, den übrigen Pfandgläubigern, ohne Rücksicht auf Alter des Pfandes, vorgezogen werden soll.

IV.

Geht man von dem, so eben entwickelten, Gesichtspuncte aus, so kann es nicht wohl zweifelhaft seyn, daß man das privilegirte Pfand dem öffentlichen vorziehen muß. Der Hauptgrund, den man dagegen anführt besteht darin, daß der Privat-Pfandgläubiger sein Pfandrecht gegen den öffentlichen nicht erweisen könne, was nach dem Bisherigen nicht gegründet ist. Für diese Ansicht spricht dagegen gar Vieles.

Vorerst ist gar kein Grund vorhanden, anzunehmen, daß die Vorrechte des Fiscus und die wohlbegründeten Begünstigungen bei der in rem versio hätten aufgehoben werden sollen: im Gegentheile scheint dies dem ganzen Zusammenhange nach höchst unwahrscheinlich. Sodann spricht das Wort, wie der Zusammenhang unserer Constitution, meiner Ansicht nach, sehr deutlich. Die Oeffentlichkeit der Urkunde soll bewirken, daß der spätere dem früheren vorgehe. Wie kann hier an etwas Anderes, als an die Zeit gedacht, wie kann hierdurch ein ganz fremdartiger Grundsatz aufgehoben worden seyn? Endlich entscheidet allerdings der Grundsatz, daß die Gesetze, welche das privilegirte Pfandrecht einführen, als die specielleren den Vorzug verdienen, sowohl die, welche älter sind als Leos Verordnung (die über das Pfandrecht des Fiscus und das wegen der versio in rem), als wie die neuern, durch welche die Privilegien zur Sicherheit der dos eingeführt und das Pfandrecht wegen der in rem versio erneuert wird.

Daß die Gesetze, durch welche die Privilegien gegeben wer,

21) Neustetel und Zimmern römisch-rechtliche Untersuchungen B 1 nro. 11. S. 301. s. noch Seuffert Erörter. 2. Abth. S. 138.

den, die speciellern sind; dies kann wohl nach keiner Ansicht bezweifelt werden. Ist die durch Leo eingeführte Neuerung auf die conventionellen Pfandrechte beschränkt; so versteht es sich von selbst, daß die gesetzlichen privilegirten Pfandrechte, also das des Fiscus, die der Frau, und in mehreren Fällen die Pfandrechte wegen der in rem versio dem öffentlichen vorgehen. Nur zwischen den conventionellen Pfandrechten wegen der in rem versio und den übrigen conventionellen würde nach dieser Ansicht der Streit zu entscheiden seyn. Daß hier das Privilegium specieller sey, wie der dem öffentlichen Pfandrechte gegebene Vorzug, dies bedarf wohl eben so wenig einer Ausführung; als wie, daß es eine unbegreifliche Sonderbarkeit seyn würde, wenn die gesetzlichen Pfandrechte wegen der in rem versio stärker wären, wie die conventionellen, obschon beide gleich privilegirt sind, ja ein conventionelles sogar ein besonderes Privilegium hat [22]). — Nimmt man dagegen an, daß die Eintheilung in öffentliche und Privatpfänder auf alle Pfandrechte gehe, so versteht es sich ohnehin von selbst, daß die Gesetze über die Privilegien specieller sind, wie das über die Oeffentlichkeit.

V.

Bekanntlich sind bei uns lange nicht alle Pfandrechte conventionelle. Im Gegentheile sind bei weitem die meisten gesetzliche, prätorische, testamentarische, welche alle nicht zu den conventionellen gerechnet werden können. Nimmt man nun an, daß die Eintheilung in öffentliche und Privatpfänder nur allein auf diese, nicht auf jene gehe, so giebt es kein Mittel das Verhältniß der Pfandrechte zu bestimmen, so wie conventionelle und andere zusammentreffen. Die Oeffentlichkeit nicht zu berücksichtigen, dies ist unmöglich, weil man jetzt dem öffentlichen Pfande gegen das Gesetz die gesetzlichen Vorzüge entziehen würde; sie zu beachten, dies geht eben so wenig an, da nirgens bestimmt ist, in welchem Verhältnisse die öffentlichen Pfänder zu den nicht conventionellen nach dieser Ansicht stehen.

In dieser Verlegenheit hat man sich dadurch geholfen, daß man gesagt hat, vorerst müßten alle Pfänder classificirt werden, ohne Rücksicht darauf, ob öffentliche vorhanden seyen: sey hierdurch bestimmt, wer Etwas, und wie Viel er bekomme, so nehme man Das, was den conventionellen Pfändern zugefallen, und vertheile es unter diese nach den Grundsätzen der Oeffentlichkeit. Hiernach würde also der Fall, wenn der A. eine conventionelle Privat-Hypothek auf 1000, der B. eine spä-

22) Nov. 97. c. 3. 4.

tere gesetzliche Hypothek für 800, der C. eine noch spätere öffentliche Hypothek auf 1000 hat und das Vermögen des Gemeinschuldners 1200 beträgt, auf die folgende Weise entschieden werden müssen: der A. ist der erste Pfandgläubiger und bekömmt seine ganze Forderung, der B. ist der zweite bekömmt aber nur 200, der C. ist der dritte und erhält Nichts: weil er jedoch ein öffentlicher Pfandgläubiger ist; so nimmt er dem A. Alles hinweg und bewährt, daß die Letzten die Ersten seyn werden.

Abgesehen von der großen Ungleichheit und Sonderbarkeit dieser Entscheidung, die nirgens in den Gesetzen gegründet ist; abgesehen davon, daß eine solche Entscheidung nur bei unserm Concursprocesse gedacht werden kann, welcher den Römern (von deren Gesetzen eben hier die Rede ist) unbekannt war [23]); abgesehen von dem ins Unbegreifliche gehenden Resultate, das nothwendig hervorgehen muß, wenn viele Pfandgläubiger vorhanden sind: so ist dieser Ausweg nicht einmal geeignet, die oben gerügte Verlegenheit aufzuheben.

Sowohl nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen, wie nach der ausdrücklichen Entscheidung eines ähnlichen Falles [24]), würde sich der oben angeführte Fall auf die folgende Weise gestalten: So wie der C. dem A. das Pfand oder dessen Ertrag hinweggenommen hat, tritt der B. gegen ihn auf, indem er besserer Pfandgläubiger ist; hat der B. nun das Seinige erhalten, so kömmt der A. und nimmt sein besseres Recht in Anspruch, gegen diesen wieder der C. und so ins Unendliche. Diesem ewigen Cirkel kann nur durch Ausübung des jus offerendi et succedendi ein Ende gemacht werden. Daß aber dies in unserm Falle bei einem Concurse, wo viele und vielerlei Pfandgläubiger vorhanden sind, in gehörigem Umfange nicht in Anwendung gebracht werden könne, dies versteht sich wohl von selbst.

Unter diesen Umständen würde ich keinen Anstand nehmen, wenn Leos Verordnung wirklich nur von conventionellen Pfändern redete, dennoch zu sagen, daß der Zusammenhang der Verordnung, welche verschiedene Arten von Verabredungen einander gegenüber stellt, so wie der Umstand, daß damals nur noch wenige generelle gesetzliche Pfandrechte bekannt gewesen, die Veranlassung zu der engen Fassung gegeben hätten, daß man aber, besonders in Justinians Compilation, wo so viele andere Pfandrechte sich finden, sie nach ihrem Geiste allgemeiner verstehen und jedes Pfandrecht ein öffentliches nennen müsse,

---

23) Wer würde wohl als creditor prior zu verkaufen berechtigt seyn; der A, der B oder der C.?

24) Fr. 16. D. 20. 4.

dessen Existenz aus einer öffentlichen Urkunde erwiesen werden könne.

Solcher Bemerkungen und Ausdehnungen bedarf es jedoch nicht. Die ganze Verordnung Leos enthält auch nicht eine Spur davon, daß ihr Inhalt nur allein auf conventionelle Pfänder gehen solle. Sie sagt weiter nichts, als das Folgende: sin autem jus pignoris vel hypothecae ex hujusmodi instrumentis vindicare quis sibi contenderit, eum, qui instrumentis publice confectis nititur praeponi decernimus, etiam si posterior is contineatur. Jus pignoris ex instrumentis vindicare kann doch wohl von Jedem gesagt werden, der das Factum der Verpfändung durch Urkunden darthut. Jedes Pfandrecht, auch das gesetzliche, setzt eine Thatsache zu seiner Begründung voraus. Wer diese, wenn er das Pfand vindicirt, aus einer öffentlichen Urkunde beweist, warum soll dieser weniger ex instrumento publico vindicare, wie der conventionelle Pfandgläubiger, der die Thatsache der Verpfändung, des pactum hypothecae, aus einer öffentlichen Urkunde darthut? Die Worte der Verordnung im Allgemeinen enthalten also Nichts, was auf conventionelle Pfänder zurückwiese: nur allein das einzige Wörtchen „hujusmodi", verbunden mit dem Vordersatze müßte also die Verordnung auf diese Weise beschränken. Um diese Behauptung zu entfernen, will ich mich gar nicht darauf berufen, daß man bei den Verordnungen der spätern Kaiser überhaupt kein so großes Gewicht auf einzelne Worte legen kann; sondern nur bemerken, daß auch im Vordersatze von instrumentis überhaupt gesprochen wird und daß die Worte des Vordersatzes „seu de aliis quibuscunque causis" ohnehin alle Mißdeutung unmöglich zu machen scheinen.

Hiernach wäre also dasjenige Pfandrecht ein öffentliches, bei welchem das Factum der Verpfändung aus einer öffentlichen Urkunde dargethan werden kann, ein Privatpfand dagegen dasjenige, bei welchem dies nicht der Fall ist. Auf die Art des Pfandrechtes käme dagegen in dieser Beziehung gar Nichts an. Dies Resultat scheint mir gar nicht zweifelhaft: sollte es jedoch selbst zweifelhaft seyn; so müßte es dennoch angenommen werden, da jede andere Ansicht auf Willkührlichkeiten beruht, zu unauflöslichen Schwierigkeiten und unbegreiflichen Resultaten hinführt, also selbst im Falle eines Zweifels die hier vertheidigte Meinung vorgezogen werden müßte [25].

---

25) Fr. 19. D. 1. 3.